

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'élément moral de l'infraction administrative et le principe non bis in idem

Nihoul, Marc

Published in:
L'élément moral en droit

Publication date:
2014

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2014, L'élément moral de l'infraction administrative et le principe non bis in idem. Dans *L'élément moral en droit: une vision transversale*. Conférence du jeune Barreau de Namur, Anthemis, Limal, p. 365-397.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'élément moral de l'infraction administrative et le principe *non bis in idem*

Marc NIHOUL

Professeur à l'Université de Namur
Avocat au barreau de Bruxelles

1. Tel n'était pas le sujet qui nous était initialement imparti. Pour faire écho à d'autres sujets également traités dans le présent ouvrage, notre contribution était vouée à la question du préjudice moral en matière administrative dans le cadre du risque de préjudice grave difficilement réparable qui conditionnait la suspension de l'exécution d'un acte administratif par la section du contentieux administratif du Conseil d'État depuis l'organisation du référé administratif.

Il s'agit toutefois là d'une question qui relève désormais de l'histoire du droit depuis que la loi du 19 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État prévoit, dans un article 6, dont l'entrée en vigueur est programmée à une date fixée par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres et au plus tard le 1^{er} mars 2014 et qui s'appliquera à tout recours ou demande introduit à compter de cette date¹, que, désormais, la suspension n'est plus conditionnée que par « une urgence incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation », au terme de l'article 17, § 1^{er}, alinéa 2, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Demeure, en revanche, la condition selon laquelle « au moins un moyen sérieux susceptible *prima facie* de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement [soit] invoqué ». Il sera, par ailleurs, possible de sacrifier à une balance des intérêts en présence, très critiquée par le passé lorsqu'elle avait été suggérée. Au terme de l'article 17, § 2, alinéa 2, des lois coordonnées, « [à] la demande de la partie adverse ou de la partie intervenante, la section du contentieux administratif tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution ou des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, en ce compris l'intérêt public, et peut décider de ne pas accéder à la demande de suspension ou de mesures provisoires lorsque ses conséquences négatives pourraient l'emporter de manière manifestement disproportionnée sur ses avantages ».

L'on se contentera d'observer, à ce sujet, qu'une telle modification – pour le moins substantielle et justifiant ainsi de changer de fusil d'épaule – est de

¹ Article 39 de ladite loi.

nature à augurer de meilleurs jours au préjudice moral en matière administrative, lui qui, jusque-là, n'était qu'exceptionnellement pris en compte, et pour cause, dans le cadre des procédures urgentes caractérisées par la circonstance que le juge doit statuer rapidement sur la base des quelques éléments dont il dispose, généralement incomplets, avant un examen approfondi. Lié par la condition explicite d'un préjudice difficilement réparable, le Conseil d'État rappelait alors à l'environnement que le préjudice moral est en règle adéquatement réparé par un arrêt d'annulation, sauf si des circonstances particulières prouvent le contraire².

«Le critère de l'urgence remplacera celui jugé plus formaliste et aléatoire du risque de préjudice grave difficilement réparable», est-il annoncé dans les travaux préparatoires³.

Les représentants du Conseil d'État avaient eux-mêmes indiqué, lors de leur audition, que «[c]ette condition pose différents problèmes.

Primo, il y a le subjectivisme de cette notion : qu'est-ce qu'un préjudice grave et difficilement réparable ? Cette notion varie d'une personne à l'autre. Il y a des variations dans son interprétation dans la jurisprudence.

Secundo, cette notion peut avoir un effet négatif : on risque de maintenir artificiellement un acte administratif dont il s'avérera par la suite qu'il était illégal. Il faudra alors l'annuler avec effet rétroactif alors qu'il eût mieux valu le suspendre dès le départ.

Le Conseil d'État est donc partisan de la suppression de la notion de préjudice grave et difficilement réparable⁴.

L'urgence, quant à elle, est «une notion de fait, plus simple à démontrer, et ce d'autant qu'elle devra être interprétée de la même manière que devant les cours et tribunaux, pour les procédures en référé»⁵.

L'avenir pourrait démentir cette affirmation.

² Voy. p. ex., C.E., 16 septembre 2011, De Laeter, n° 215.184 ; C.E. (ass.), 19 juillet 2004, Bauwens, Peeters et Ingels, n° 134.023. Voy., plus généralement, V. CASTIAUX, « Le référé administratif. Chronique de jurisprudence des chambres françaises du Conseil d'État 01/08/1999 au 31/12/2002 », A.P.T., 2004/3, pp. 193 et 194 ; V. DURIEUX, « Le référé administratif. Chronique de jurisprudence des chambres françaises du Conseil d'État 01/01/2003 au 31/12/2008 », A.P.T., 2010/3, pp. 56 et 57. *Contra*, p. ex. : C.E., 25 novembre 2003, Noel, n° 125.678 : « un préjudice moral s'apprécie en fonction des circonstances de l'espèce ; [...] il ne peut donc être affirmé qu'en règle générale, le préjudice moral peut être adéquatement réparé par l'annulation de l'acte administratif qui en est la cause ».

³ Rapport. Doc. parl., Chambre, 2013-2014, n° 3233/004, p. 6.

⁴ Rapport. Doc. parl., Sénat, 2013-2014, n° 5-2277/3, p. 8.

⁵ « Approbation en deuxième lecture de la réforme du Conseil d'État : améliorer l'efficacité de la justice administrative au bénéfice de tous », communiqué du cabinet de la Vice-Première ministre, ministre de l'Intérieur et de l'Égalité des Chances, Bruxelles, 13 septembre 2013, p. 3 (<http://www.milquet.belgium.be/fr/>).

Certes, l'urgence est moins stricte et, partant, susceptible de viser davantage de situations. Mais elle demeure une notion subjective, susceptible de varier d'une personne ou d'un tribunal à un autre : il y aura inmanquablement « des variations dans son interprétation dans la jurisprudence », s'agissant d'une appréciation en fait, dans un contexte favorable aux divergences de vues : les arrêts de suspension du Conseil d'État sont, en effet, rendus en premier et dernier ressort, sans recours possible devant une cour d'appel ni pourvoi devant une cour de cassation de nature à garantir l'unité dans la définition de ce qui est urgent.

Par ailleurs et surtout, pouvoir judiciaire et Conseil d'État nous ont habitué à interpréter différemment des termes identiques de manière telle qu'un droit commun du préjudice moral en référé ne paraît guère garanti.

Il reste néanmoins, dans l'ordre de l'intuition générale et *a priori*, qu'en dehors de circonstances très particulières, l'urgence morale risque, par nature et pour être moins tangible, d'être moins décisive ou percutante que l'urgence matérielle, devant un juge des référés, pour justifier l'intervention de celui-ci.

Pour être complet, il convient au demeurant de signaler que, désormais, dans le cadre de la réforme 2014 du Conseil d'État, la section du contentieux administratif du Conseil d'État sera compétente pour allouer par voie d'arrêts à la partie qui le demande « une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence »⁶, dans la suite logique de la révision de l'article 144 de la Constitution⁷. L'introduction d'une telle demande interdit d'intenter encore une action en responsabilité civile pour obtenir réparation du même préjudice, de même que l'intentement d'une action en responsabilité civile emporte l'interdiction de demander au Conseil d'État une indemnité pour le même préjudice.

À défaut de disposition contraire, le dommage moral sera susceptible d'être visé et il sera intéressant, dans quelques années, de comparer et d'évaluer, en présence d'une jurisprudence suffisante et sous cet angle également, la manière dont il sera pris en considération dans le cadre de la balance d'intérêts ainsi prévue et parfois honnie par le passé⁸.

⁶ Nouvel article 11bis des lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 inséré par la loi du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'État concernant les matières visées à l'article 77 de la Constitution (en vigueur le 1^{er} juillet 2014), et non par la loi réformant le Conseil d'État, ce qui peut avoir pour effet de brouiller les pistes.

⁷ La disposition constitutionnelle prévoit désormais, dans deux alinéas, que « ([l]es contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux. Toutefois, la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions », c'est-à-dire « sur les droits civils qui sont liés à ces contestations » (Doc. parl., Sénat, 2012-2013, n° 5-2242/1, p. 2).

⁸ Rem. F. OST, « L'étrange thérapie du conseiller Leroy », *Journ. proc.*, 3 octobre 1997, p. 10, en réponse à M. LEROY, « Balance des intérêts, démocratie et mégalomanie », in *La République des juges*, éd. du Jeune

Probablement en résultera-t-il une forme de minorisation⁹, plus certainement une dualisation de la réparation du préjudice moral, avec coexistence de deux jurisprudences différentes, judiciaire et administrative, ne contribuant pas à susciter un sentiment de justice dans la population et incitant à l'opportunisme. Plus généralement, il ne fait déjà aucun doute que les citoyens ne seront pas nombreux à préférer cette forme d'« indemnisation civique » à la réparation intégrale de leur dommage...

2. Qu'à cela ne tienne, pour l'heure, c'est le thème de l'élément moral de l'infraction administrative à caractère pénal qui, pour la circonstance, retient notre réflexion, en relation avec le principe *non bis in idem* particulièrement, dont on soulignera les développements récents.

Il était loin d'être évident, au départ, que l'infraction administrative¹⁰, qualifiée « à caractère pénal » au sens autonome de la Convention européenne des droits de l'homme par le juge, soit par définition nantie d'un élément moral¹¹. La théorie de l'élément moral est propre au droit pénal et, même en droit pénal belge, ne figure-t-elle pas comme telle dans le Code pénal, ce qui est sujet à critique récurrente depuis bien longtemps, pour ne pas écrire depuis toujours¹².

Très vite cependant, l'élément moral fut au cœur de deux enjeux majeurs liés à l'application des principes généraux du droit pénal en matière de sanctions administratives, d'abord celui de la personnalité des sanctions, ensuite, celui du cumul des sanctions, soit pénale et administrative, soit administratives. Dans le premier cas en faveur d'une forme de protection pénale du justiciable, dans le second en sa défaveur, jusqu'à ce que, plus récemment, la jurisprudence n'évolue favorablement.

barreau de Liège, 1997, pp. 23 à 32 : « une meilleure utilisation de toutes les ressources du système juridique (la théorie de l'erreur manifeste, la théorie de l'urgence...) aurait permis d'éviter les conséquences déraisonnables dénoncées, sans pour autant faire tonner la grosse artillerie de l'opportunité et de l'équité ».

⁹ L'intérêt moral pèsera-t-il suffisamment lourd dans la balance d'intérêts ?

¹⁰ C'est la sanction administrative qui est habituellement qualifiée comme telle. Mais pourquoi en irait-il différemment de l'infraction ?

¹¹ Toute sanction revêtirait un élément moral, même en dehors de la Convention européenne des droits de l'homme. Voy. Th. BOMBOIS et D. DÉOM, « La définition de la sanction administrative », in *La sanction administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 7, p. 29 et note 10.

¹² Voy. la contribution de N. Colette-Basacqz et F. Lambinet.

Section 1

Le principe de la personnalité des peines

3. Dès les premiers arrêts rendus en matière de sanctions administratives, la Cour constitutionnelle, à l'époque d'arbitrage, souligna l'évidence de ce que de telles sanctions, lorsqu'elles présentent un caractère répressif prédominant, comportent un élément moral, qu'il appartient à l'autorité administrative de vérifier, conformément au principe de la personnalité des peines.

L'arrêt n° 132/2001 du 30 octobre 2001¹³ est particulièrement éloquent sur ce point relativement aux amendes administratives établies par la loi du 30 juin 1971 à l'égard des employeurs exclusivement afin de responsabiliser ceux-ci et les contraindre à tout mettre en œuvre pour remplir toutes les obligations qui leur sont imposées par les prescriptions légales et réglementaires, même lorsque des infractions sont en réalité commises par ses salariés. Selon la Cour :

« B.6.2. De ce que le législateur peut ne punir d'amendes administratives que l'employeur, il ne s'ensuit pas que cet employeur puisse être puni même s'il démontrait qu'il n'a commis aucune faute parce qu'il a pris toutes les mesures qui étaient en son pouvoir pour empêcher que l'élément matériel de l'infraction se réalise. L'opportunité d'exempter le salarié n'implique pas le droit de punir aveuglément son employeur, au mépris du principe de la personnalité des peines ; les amendes que le législateur a qualifiées d'administratives présentent avec les sanctions pénales sensu stricto une analogie trop étroite pour que les valeurs qui fondent un principe aussi fondamental perdent toute pertinence en ce qui concerne de telles amendes, lesquelles sanctionnent une infraction. Le libellé de la disposition en cause suggère l'interprétation selon laquelle un employeur pourrait être puni alors qu'il n'aurait commis aucune faute, puisque le texte porte qu'il peut l'être même quand l'infraction a été commise par un autre. En effet, le terme "l'infraction" comprend à proprement parler tous les éléments constitutifs de l'infraction. Il faut toutefois tenir compte du fait que le langage usuel emploie parfois, par métaphore, le mot "infraction" pour désigner l'élément matériel d'une infraction. Ces raisons conduisent à la conclusion qu'il est raisonnable d'entendre, dans la disposition en cause, l'expression "l'infraction" comme signifiant "l'élément matériel de l'infraction".

B.7. Par ailleurs, il n'apparaît pas que la différence de traitement qui résulte de la disposition en cause par rapport à l'hypothèse où des poursuites pénales sont intentées – hypothèse dans laquelle les employés sont également passibles de sanctions – ait des effets disproportionnés en ce qui concerne l'employeur, celui-ci ne pouvant être condamné, dans l'interprétation exposée au B.6.2, lorsqu'il peut démontrer qu'il n'a commis aucune faute. Sans doute la preuve que toutes les mesures au pouvoir de l'employeur ont été prises est-elle difficile à faire, mais la rigueur de la loi qui tend à le responsabiliser est tempérée par le fait que la procédure des amendes administratives évite

¹³ F. LACASSE, « Amendes administratives, imputabilité légale et Cour d'arbitrage », J.T.T., 2002, pp. 137 à 143.

à l'employeur les inconvénients d'une comparution devant une juridiction répressive, lui épargne le caractère infamant qui s'attache aux condamnations pénales et lui permet d'échapper aux conséquences d'une inscription au casier judiciaire (*Doc. parl.*, Sénat, 1970-1971, n° 514, p. 2).

B.8. Il résulte de ce qui précède que, en ce qu'il met à la charge du seul employeur les amendes administratives infligées sur la base de la loi du 30 juin 1971, l'article 3 de cette loi n'est pas discriminatoire¹⁴ 15.

De même, dans un arrêt n° 125/2003 du 24 septembre 2003¹⁶ afférent à l'amende administrative établie par l'article 74/4bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers à l'égard du transporteur qui amène en Belgique un étranger sans documents de voyage valables, la Cour décide sans l'ombre d'une hésitation :

« B.6. Il ressort des travaux préparatoires de la disposition en cause que le juge, lorsqu'il examine un recours contre la décision d'infliger une amende administrative, ne pourrait vérifier si une quelconque culpabilité incombe au transporteur puisque l'amende administrative serait légalement due dès qu'un étranger est amené en Belgique sans documents de voyage valables (*Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1272/2, p. 11). Cela va à l'encontre du principe général selon lequel le juge doit toujours pouvoir vérifier si une quelconque culpabilité incombe à quelqu'un, soit vérifier en l'espèce si le transporteur a ou non pris les mesures nécessaires pour empêcher que de tels passagers sans documents de voyage valables soient introduits dans le pays »¹⁷.

4. Plus récemment, la Cour persiste et signe dans le même ordre d'idées dans un arrêt n° 119/2009 du 16 juillet 2009¹⁸ au sujet de l'amende fiscale pour omission de déclaration de succession ou déclaration incomplète infligée postérieurement au décès du redevable négligent, à charge des héritiers, légataires ou donataires par transmission, et due d'office par le simple constat de l'administration sans que la preuve de l'existence d'un élément moral soit requise et

¹⁴ Souligné par nos soins.

¹⁵ Rapport, concernant la loi fiscale douanière qui établissait une présomption de responsabilité pénale irréfragable dans le chef du commettant du fait de ses préposés (limitée au paiement de l'amende s'il pouvait prouver que l'infraction avait eu lieu à son insu), le législateur voulant garantir que le commettant ne puisse se prévaloir de son innocence en alléguant qu'il est demeuré étranger à l'infraction commise par son personnel au motif qu'il serait le premier à profiter de la fraude qu'il dirait avoir ignorée, présument ainsi non seulement que le commettant avait bénéficié de la fraude, mais aussi qu'il y avait collaboré : « par son caractère général et irréfragable, la présomption établie par la disposition en cause atteint cet objectif en portant une atteinte grave au principe fondamental de la personnalité des peines » (C.A., 29 mars 2001, n° 43/2001, B.5.3 ; C.A., 20 février 2002, n° 38/2002, B.7.3 ; C.A., 26 juin 2002, n° 108/2002, B.7.3 ; C.A., 15 octobre 2002, n° 147/2002, B.17.3).

¹⁶ *Rev. dr. étr.*, 2003, p. 406 ; T. *Vreemde*, 2004, p. 45 ; T.B.R., 2004, p. 587 ; R.W., 2003-2004, p. 1337 et note P. HANNEN, « Art. 74/4bis vreemdelingenwet: de onschuld van de vervoerder mag worden aangetoond ».

¹⁷ Souligné par nos soins.

¹⁸ J.L.M.B., 2009, p. 1692 ; R.W., 2009-2010 (somm.), p. 1125 ; *Fiscalog*, 2009 (reflet), liv. 1170, p. 12 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 389 ; J.F.F., 2009, p. 1126 ; *Cour. fisc.*, 2009 (reflet), p. 655 et note X ; N.J.W., 2009, p. 675, note S. DE RAEDT ; R.G.C.F., 2010, p. 66, note A. CULOT ; *Rec. gén. enr. not.*, 2009, p. 357, note A. CULOT ; T.F.R., 2010, p. 444 et note C. VAN CRAEYVELT.

sans que l'amende s'efface par la mort du contrevenant : une telle amende porte atteinte, de manière discriminatoire, au préjudice de la catégorie précitée de personnes, aux principes fondamentaux de la personnalité des peines et de la présomption d'innocence qui résultent de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des garanties qui découlent des principes généraux du droit pénal¹⁹. Ou, encore, dans un arrêt n° 47/2013 du 28 mars 2013²⁰ concernant l'amende susceptible d'être infligée par l'Office de contrôle aux mutualités et les unions nationales de mutualités pour une publicité faite par des tiers avec lesquels elles n'ont aucun lien, privant ainsi les personnes qui gèrent pareils organismes d'une garantie dont toute personne bénéficie, à savoir le principe de la personnalité de la peine : la présomption irréfragable de culpabilité instaurée par la disposition en cause, comme cette dernière est interprétée par le juge *a quo*, porte une atteinte disproportionnée au principe de la personnalité de la peine²¹.

5. À noter que la Cour constitutionnelle, à l'époque d'arbitrage, n'a pas lié le principe de la personnalité des peines aux circonstances atténuantes au moment de censurer la loi fiscale moins favorable que le droit pénal commun à cet égard²².

Il paraît aller de soi, en revanche, que la cause de justification puisse être invoquée en matière de responsabilité administrative pour anéantir l'élément moral constitutif de l'infraction, c'est-à-dire l'infraction elle-même. Très tôt, la section de législation du Conseil d'État a eu l'occasion de le préciser au sujet d'une amende dont le texte en projet prévoyait que l'importance de celle-ci était « fixée en fonction de la gravité et de la durée de l'infraction ainsi qu'en fonction de la mesure dans laquelle l'infraction peut être imputée au contrevenant ». « [D]e deux choses l'une [selon le Conseil] : ou bien l'infraction est imputable à la personne poursuivie, ou bien elle ne l'est pas. Une sanction ne peut être infligée à une personne que dans l'hypothèse où l'infraction lui est imputable. Dans l'affirmative, elle encourt la sanction, qui est fonction de la gravité de l'infraction. Si elle peut faire valoir une cause de justification, celle-ci fait disparaître l'élément moral constitutif de l'infraction et, par suite, l'infraction elle-même.

Autre chose serait de permettre au fonctionnaire qui inflige la sanction de prendre en considération des circonstances atténuantes, propres au contrevenant, pour fixer le montant de l'amende. Si telle est l'intention des auteurs du projet, il convient de le prévoir expressément »²³.

¹⁹ B.6.3 et B.6.4.

²⁰ N.J.W., 2013, p. 500 et note E. VAN GRUNDEBEEK.

²¹ B.4.1 et B.4.3.

²² C.A., 8 novembre 2006, n° 165/2006.

²³ S.L.C.E., avis sur un avant-projet de loi « portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses », *Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, n° 50-756/001, p. 229.

6. Un autre aspect lié (par dérogation) au principe de la personnalité des peines retient notre attention : celui de la responsabilité administrative des personnes morales en droit belge. En matière pénale au sens strict, la responsabilité pénale des personnes morales a été consacrée dans l'article 5 du Code pénal après l'avoir été dans certaines législations particulières, spécialement en matière économique, sociale et environnementale. Elle l'a été en construisant un régime original qui règle l'imputabilité à la personne morale, permet d'exculper celle de la personne physique ou de la personne morale qui a commis la faute la moins grave, exonère les principales collectivités publiques de toute responsabilité pénale, adapte les peines aux personnes morales... Il s'agit là, à l'évidence, de principes généraux du droit pénal dont l'application en matière de responsabilité administrative est, quant à elle, loin d'être évidente, à défaut pour les textes particuliers de prendre position à cet égard.

Certes, l'on prétextera que chaque texte qui établit chaque sanction administrative est libellé de telle manière qu'explicitement ou implicitement, il vise également les personnes morales ou doit être interprété comme tel, d'autant que nombre de sanctions administratives ont été établies au départ pour permettre précisément de punir les personnes morales, ce que le droit pénal n'admettait pas. Le même argument était au demeurant invoqué lorsque l'adage *societas delinquere non potest* était de mise, suivi du transitoire *societas delinquere potest sed non puniri*. Il n'en reste pas moins qu'à l'heure actuelle, la législation administrative est en règle lacunaire sur le plan des principes de la responsabilité des personnes morales, et qu'il est loin d'être exclu qu'un champ discriminatoire soit un jour exploré en jurisprudence à cet égard, en ce qui concerne, par exemple, la différence de traitement entre les personnes qui, pour les mêmes faits ou des faits comparables, se voient infliger une amende administrative et celles pénalement excusées en vertu de la cause d'excuse absolue prévue à l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal. À moins de considérer que les principes généraux de la responsabilité pénale des personnes morales sont applicables à titre supplétif en matière administrative.

7. En somme, il résulte des développements qui précèdent que l'infraction administrative à caractère pénal comporte par définition – ou présupposé – un élément moral interdisant toute responsabilité administrative sans faute et toute présomption irréfragable de responsabilité et, dans la même mesure qu'en droit pénal, la responsabilité administrative pour autrui.

L'assimilation de la sanction administrative à caractère répressif prédominant à la sanction pénale plaide, par ailleurs, en faveur d'une application supplétive des principes de la responsabilité pénale des personnes morales en matière administrative et d'un contrôle de conformité de toute dérogation à ce sujet, par rapport aux principes d'égalité et de non-discrimination, dans l'hypothèse où la règle établissant la sanction administrative considérée serait interprétée comme telle par le juge.

Section 2

Le principe *non bis in idem*

8. Depuis l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 67/2007 du 26 avril 2007²⁴, il est bien connu en droit belge que l'infliction d'une amende administrative présentant un caractère pénal (un caractère répressif prédominant) au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques doit nécessairement, en raison du principe général de droit *non bis in idem*, conduire à l'extinction de l'action publique et, comme le prévenu ne peut plus être condamné à une peine principale, il ne peut pas davantage se voir infliger la peine accessoire de la confiscation spéciale.

Selon la Cour, en effet : « B.6. Lorsque le législateur décreta l'estime que certains manquements à des dispositions décretales doivent faire l'objet d'une répression, il relève de son pouvoir d'appréciation de décider s'il est opportun d'opter pour des sanctions pénales *sensu stricto* ou pour des sanctions administratives. Le choix de l'une ou l'autre catégorie de sanctions ne peut être considéré comme établissant, en soi, une discrimination, mais la différence de traitement qui peut en résulter pour le même manquement n'est admissible que si elle est raisonnablement justifiée.

Ce raisonnement s'applique *a fortiori* lorsque, comme en l'espèce, il s'agit d'un cumul de sanctions pénales *sensu stricto* et de sanctions administratives pour le même manquement.

B.7. Le choix de réprimer les infractions visées aux paragraphes 4 et 5 de l'article 25 en cause au moyen de sanctions aussi bien administratives que pénales repose sur un critère objectif, à savoir la nature des infractions²⁵. Eu égard à l'impact de ces infractions sur l'environnement, cette mesure est également pertinente pour atteindre le but visé.

La Cour doit cependant vérifier si la mesure n'a pas d'effets disproportionnés, en tenant compte en particulier du principe *non bis in idem*.

B.8. En vertu du principe général de droit *non bis in idem*, garanti également par l'article 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, nul ne peut être poursuivi ou puni une deuxième fois en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif "conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays". Ce principe est également consacré par l'article 4 du Septième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, qui n'est pas encore ratifié par la Belgique.

²⁴ F. LUGENTZ, « Le principe *non bis in idem* et le cumul des sanctions administrative et pénale à l'épreuve de la Cour constitutionnelle », *Rev. dr. pén.*, 2007, pp. 977 à 1006.

²⁵ *In specie* pour n'avoir pas, au cours d'une période déterminée, écoulé les engrais animaux produits dans son exploitation de porcs et de volaille conformément aux dispositions du décret du 23 janvier 1991 relatif à la protection de l'environnement contre la pollution due aux engrais, ou tout au moins pour ne pas en avoir apporté la preuve, et, d'autre part, pour avoir épandu une quantité d'engrais animal supérieure aux quantités autorisées sur des terres arables pour trois années de production successives.

B.9.1. Les amendes administratives prévues par les paragraphes 4 et 5 de l'article 25 en cause ont pour but de prévenir et de réprimer les infractions commises par les éleveurs de bétail qui ne respectent pas les obligations imposées par le décret. Elles présentent dès lors principalement un caractère répressif et sont pénales au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

B.9.2. En l'espèce, la partie poursuivie devant la juridiction *a quo* n'a pas été condamnée une première fois par un jugement définitif, mais a payé l'amende qui lui était réclamée par l'administration. Cette particularité, qui tient à ce que l'amende administrative peut être infligée par l'administration sans contrôle préalable d'un juge, n'empêche pas que le principe *non bis in idem* soit applicable puisque le décret litigieux permet qu'une personne soit punie successivement deux fois pour les mêmes faits.

B.10. Il ressort de la lecture des textes précités que l'amende administrative prévue par l'article 25, §§ 4 et 5, du décret relatif aux engrais et la sanction pénale prévue par l'article 37, § 3, du même décret répriment, en des termes équivalents, le même comportement et que les éléments essentiels des deux infractions sont identiques. Il ressort en outre du texte de la première question préjudicielle que celle-ci concerne le cas où une personne s'est vu infliger une amende administrative, qu'elle a payée, et fait ensuite l'objet de poursuites pénales devant une juridiction répressive. La Cour limite son examen à cette hypothèse. Elle ne traite donc pas de celle où un même comportement est passible de sanctions différentes sous des qualifications différentes ni de celle où des sanctions différentes sont infligées dans le cadre d'une seule poursuite.

B.11. Le principe *non bis in idem* est violé lorsqu'une même personne, après avoir été déjà condamnée ou acquittée en raison d'un comportement, est à nouveau poursuivie, en raison du même comportement, pour des infractions dont les éléments essentiels sont identiques (Cour eur. D.H., 29 mai 2001, *Fischer c. Autriche*, §§ 25-27; Cour eur. D.H., 7 décembre 2006, *Hauser-Sporn c. Autriche*, §§ 42-46).

B.12. La question préjudicielle invite la Cour à comparer la catégorie des personnes qui, après le paiement d'une amende administrative sur la base des dispositions en cause, font encore l'objet de poursuites pénales avec la catégorie des personnes pour lesquelles le paiement d'une amende administrative présentant un caractère pénal éteint l'action publique.

Une telle différence de traitement n'est pas susceptible de justification en raison de la nature même du principe en cause. Rien ne pourrait en effet justifier qu'une catégorie de personnes se voie refuser l'application du principe *non bis in idem* alors que les conditions de cette application sont réunies.

L'arrêt le montre explicitement : la Cour constitutionnelle n'a pas sorti le principe de son chapeau, pas plus qu'elle n'en a tracé les contours. Elle a donné corps en droit interne à la jurisprudence strasbourgeoise, posant ses pas dans

ceux de la Cour européenne des droits de l'homme, conformément au principe de la hiérarchie des normes.

Le pas qui était franchi en 2007 n'en était pas moins spectaculaire, lui qui était posé quelques jours après la Journée Jean Dabin consacrée aux sanctions administratives²⁶, à Louvain-la-Neuve, dont l'un des orateurs principaux, au demeurant Président de la Cour concernée, ne pouvait encore révéler la direction alors que les dés en étaient jetés...

9. Avec le temps et au gré des affaires, de nouvelles questions se sont posées et les contours eux-mêmes du principe ont évolué.

La question s'est ainsi posée de savoir ce que signifie concrètement la condition selon laquelle les éléments essentiels de l'infraction, pénale et administrative, doivent être identiques pour donner lieu à l'application du principe. Il s'agit de l'*idem*.

Parler des « éléments essentiels de l'infraction » revient, par définition, à évoquer, en droit pénal, les éléments matériel et moral de celle-ci. Tous ces éléments doivent-ils être identiques pour que joue la garantie offerte par le principe *non bis in idem*? Suffit-il, autrement dit, qu'un seul élément soit différent pour autoriser le cumul de poursuites ou sanctions? Seul l'élément matériel est-il au contraire visé, dans ses différents aspects; voire l'élément moral? Le cas échéant, (tous) les éléments doivent-ils être identiques au carat près ou, au contraire, suffit-il d'une même « cause de poursuite » appréhendée plus généralement?

10. L'observateur extérieur qui aborde la matière pour la première fois est susceptible de s'y perdre, à supposer même qu'il fût juriste, et malgré les efforts déployés en doctrine²⁷.

Il croit trouver la réponse d'abord dans un arrêt n° 91/2008 du 18 juin 2008, qui n'est pas si ancien, par lequel la Cour constitutionnelle, à l'appui de la

²⁶ Les sanctions administratives, Bruxelles, Bruylant, 2007.

²⁷ Parmi d'autres : Les sanctions administratives, Bruxelles, Bruylant, 2007 ; C. VISART DE BOCARMÉ, M.-A. FRANQUINET, G. LIGOT et C. LESCART, « L'application du principe *non bis in idem* dans le droit pénal social », *Chron. D.S.*, 2011, pp. 266 à 274 ; D. ROULIVE, « L'incidence du principe *non bis in idem* sur l'application des sanctions administratives dans la réglementation du chômage au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation », *Dr. pén. entr.*, 2011, pp. 283 à 295 ; E. WILLEMART, « Les sanctions administratives en Belgique – Contribution du Conseil d'État de Belgique », in *Les sanctions administratives en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. Analyse comparée*, colloque 2011, www.raadvst-conseil.be, pp. 3 à 18 ; F. ROGGEN, « La règle du cumul des sanctions administratives et pénales en matière fiscale, à travers la jurisprudence : impact et perspectives », *Actualités en droit pénal*, U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1 à 24 ; M. DE RUE, *Le Code pénal social*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 74 à 82 ; F. KONING, « Le principe *non bis in idem* et la loi du 20 septembre 2012 instaurant le principe *via* dans la répression des infractions fiscales », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 581 à 603 ; J. PUT, « *Non bis in idem* in het sociaal recht: een tussenstand van zaken » et Ch.-E. CUSSÉ, « *Non bis in idem* : les applications sectorielles », in *La justice : enjeux et perspectives de demain*, Limal, Anthémis, 2013, resp. pp. 231 à 252 et 253 à 270.

même jurisprudence européenne que celle mentionnée par la Cour précédemment, indique que les éléments essentiels des infractions ne sont pas identiques « lorsque l'élément moral des deux incriminations diffère (CEDH [décision], *Ponsetti et Chesnel c. France*, du 14 septembre 1999 ; CEDH [décision], *Rosenquist c. Suède*, du 14 septembre 2004) »²⁸ ²⁹. Il s'agissait, en l'espèce, d'une infraction fiscale aux dispositions du CIR 1992³⁰, pénalement punie, d'une part, en présence d'un dol spécial selon l'article 449 dudit Code et, administrativement sanctionnée, d'autre part, par l'article 445 du même Code, même si le manquement aux obligations imposées par ledit Code a été commis de bonne foi. La Cour précise au passage que le principe n'est pas violé eu égard également à la spécificité de la matière des impôts sur les revenus³¹, comme si elle se réservait le droit de statuer autrement dans une autre matière³².

Or il se fait que, dans un arrêt nettement plus récent, n° 181/2013 du 19 décembre 2013³³, la même Cour arrive à une solution exactement contraire : « [L]a circonstance que la disposition en cause exige que le prévenu ait commis l'infraction sciemment et volontairement, alors que les sanctions administratives à caractère répressif précitées ne requièrent pas, en règle, cet élément moral particulier, n'enlève rien au constat que le même comportement peut être puni par deux sanctions de nature répressive. Dans l'hypothèse où les prévenus se verraient appliquer la disposition en cause après avoir subi les sanctions visées en B.4, le même comportement serait dès lors sanctionné deux fois, ce qui serait contraire au principe *non bis in idem* [...] » (B.6.1). Il en allait ainsi au sujet des déclarations inexacts ou incomplètes concernant les avantages sociaux punissables administrativement en vertu des articles 153, 154 et 155 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage ou de l'arrêté royal du 10 janvier 1969 déterminant les sanctions administratives applicables aux bénéficiaires du régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnités³⁴, sans précision d'un élément moral particulier, et

pénalement selon l'article 233 du Code pénal social lorsqu'elles ont été faites « sciemment et volontairement », en résumé pour obtenir ou faire obtenir, pour conserver ou faire conserver un avantage social indu. La Cour fait valoir que, dans l'interprétation selon laquelle cette disposition n'impose pas au juge pénal saisi de poursuites à l'encontre d'un prévenu ayant déjà fait l'objet de sanctions administratives ayant un caractère répressif prédominant de le condamner une seconde fois pour le même comportement, la réponse à la question préjudicielle de discrimination est négative³⁵. La Cour ne précise pas, cette fois, si cette interprétation est propre à la matière sociale.

Notre observateur extérieur serait d'autant plus perplexe qu'entre-temps, la Cour de cassation indiquait, quant à elle, dans un arrêt du 25 mai 2011 relatif à la même réglementation en matière de chômage³⁶, que « [l]e principe général du droit *non bis in idem* n'est pas violé lorsque les faits constitutifs des deux infractions ne sont pas, en substance, les mêmes. Il en est ainsi lorsque, comme en l'espèce, l'élément moral incriminé diffère d'un délit à l'autre ». Aucun arrêt plus récent de ladite cour n'existe, à notre connaissance, sur le sujet, de manière telle que la seule consultation des arrêts de celle-ci pourrait induire en erreur aujourd'hui encore³⁷. L'affaire concernait le cas d'un chômeur sanctionné par l'exclusion temporaire du bénéfice des allocations pour ne pas avoir biffé sa carte de pointage avant le début d'une activité professionnelle, conformément à l'article 154, alinéa 1^{er}, 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991, poursuivi du même fait, auquel renvoie d'ailleurs purement et simplement l'article 175, alinéa 1^{er}, 3^o, du même arrêté, peines d'emprisonnement et d'amende comminées à la clé, lorsque celui-ci « a agi en outre avec une intention frauduleuse ». La Cour de cassation en déduit ce qui suit :

« Le fait visé par la seconde sanction n'est donc pas réductible à celui que réprime la première.

L'arrêt attaqué considère néanmoins que l'action publique exercée du chef d'infraction à l'article 175 est irrecevable parce que le défendeur a déjà été exclu temporairement du bénéfice des allocations de chômage en vertu de l'article 154 et que l'infraction ayant justifié cette exclusion s'identifie à celle faisant l'objet de la poursuite correctionnelle.

1993 concernant les déclarations à faire en matière de subventions, indemnités et allocations, sanctionnées administrativement soit par l'Office national de l'emploi (ONEm), soit par l'Institut national d'assurance maladie-invalidité (INAMI).

³⁵ B.7. Une telle interprétation n'était pas nécessaire dans les arrêts précédents, en l'absence de discrimination.

³⁶ À cette différence près que l'article 175, 1^{er}, e, de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 n'était pas encore abrogé par le Code pénal social et punissait de sanctions pénales le chômeur ayant agi « avec une intention frauduleuse » en cas de fausses déclarations, d'utilisation irrégulière de la carte de contrôle ou d'utilisation de documents inexacts aux fins de se faire octroyer de mauvaise foi des allocations auxquelles il n'a pas droit, par ailleurs punissables de sanctions administratives sous forme d'exclusion temporaire du droit aux allocations.

³⁷ Voy, toutefois, Cass., 21 décembre 2011, R.G. n° P.11.1349.F, *Chron. D.S.*, 2013, p. 416.

²⁸ B.10.

²⁹ *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 1069 et note F. LUGENTZ, « Le principe *non bis in idem* et le cumul des sanctions pénale et administrative : la particularité des amendes administratives ». Entre-temps, *adde* : Cour eur. D.H., *Garretta c. France*, 4 mars 2008. À l'époque, la Cour était de manière générale partagée entre un *idem* fondé sur le fait matériel ou sa qualification juridique.

³⁰ P. ex. ne pas fournir en temps utile les indications nécessaires à l'établissement de l'impôt.

³¹ B.17.

³² La formule consacrée, le cas échéant, est le plus souvent « en principe » ou « en règle », augurant la possibilité d'une exception... qui confirmera la règle ou le principe.

³³ N.J.W., 2014, p. 83, note C. CONINGS ; J.L.M.B., 2014, p. 674, obs. F. KÉFER, « La Cour constitutionnelle fait sienne la jurisprudence Zolotoukhine et Ruotsalainen » ; R.W., 2013-2014 (somm.), p. 839. Plus récemment encore, la Cour constitutionnelle a plus incidemment considéré en matière fiscale, sans plus évoquer une particularité à cet égard, que les dispositions en cause « répriment des faits qui sont en substance identiques, quand bien même [certaines] requièrent pour l'application de la sanction pénale qu'[elles] prévoient, que soit constatée une intention frauduleuse ou un dessein de nuire (voy., à cet égard, CEDH, 16 juin 2009, *Ruotsalainen c. Finlande*, § 56) » (C.C., 3 avril 2014, n° 61/2014, 8.16.2).

³⁴ S'agissant d'infractions à l'arrêté royal du 25 novembre 1991 portant réglementation du chômage, à l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs et à l'arrêté royal du 31 mai

L'arrêt déduit cette identité de l'affirmation, d'une part, que le directeur de l'Office national de l'emploi se réfère à l'intention frauduleuse du défendeur pour justifier l'envoi du dossier à l'auditorat du travail et, d'autre part, que le directeur paraît, à l'évidence, avoir tenu compte de cette intention pour déterminer la durée de l'exclusion, même s'il ne le dit pas explicitement.

La répression de l'intention frauduleuse visée à l'article 175 de l'arrêté royal du 25 novembre 1991 est une prérogative du pouvoir judiciaire dans l'exercice de laquelle une autorité administrative ne saurait s'immiscer. Il n'appartient pas au directeur de l'Office national de l'emploi de sanctionner une telle intention. Celui-ci n'a donc pas pu la prendre en considération pour fixer la durée de l'exclusion, et ne l'a effectivement pas prise en compte puisqu'il ne se réfère à cet élément moral spécifique que pour justifier la communication des pièces à l'auditorat du travail aux fins de poursuites éventuelles.

Les juges d'appel n'ont dès lors pas légalement décidé que le fait qui leur était déferé s'identifiait à celui pour lequel le défendeur a été privé temporairement des allocations de chômage.

Le moyen est fondé.^{38 39}

11. À notre estime, deux éléments expliquent, à tout le moins pour partie, ces variations de la jurisprudence au sujet du principe *non bis in idem* en matière administrative et pénale.

D'une part, l'évolution magistrale de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2009, soit précisément entre les deux arrêts de la Cour constitutionnelle relatés.

D'autre part, la ratification de l'article 4.1 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme par la Belgique le 13 avril 2012, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2012 à l'égard de celle-ci, fondement de la jurisprudence de la Cour européenne précisément.

12. Par un arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009⁴⁰, rendu par la Grande Chambre, la Cour européenne des droits de l'homme opérait, en

effet, un revirement magistral de jurisprudence. Depuis lors, la définition du principe n'est plus d'interdire qu'une même personne, après avoir été déjà condamnée ou acquittée en raison d'un comportement, soit à nouveau poursuivie, en raison du même comportement, pour des infractions dont les éléments essentiels sont identiques. Mais bien d'interdire « de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »^{41 42}. La formule sacramentelle change considérablement. Elle concentre l'attention sur les faits qui ne doivent pas nécessairement être parfaitement identiques, puisqu'il suffit qu'ils soient en substance les mêmes. Exit les éléments essentiels de l'infraction, qu'ils soient moraux ou matériels. Exit les qualifications juridiques dont il avait été écrit qu'elles devaient être identiques. Seuls les faits, désormais, entrent en ligne de compte ou d'appréciation.

Il s'agit d'un revirement, car, dans plusieurs affaires, la Cour européenne des droits de l'homme avait elle-même estimé que l'*idem* devait porter sur un élément moral identique et commun⁴³.

Il s'agit, en réalité, plus que d'un revirement. Il s'agit d'une fixation de jurisprudence ou, avec plus de diplomatie, d'une harmonisation de l'interprétation de la notion de « même infraction » (l'*idem*) qui, jusqu'alors, faisait l'objet d'approches diverses selon les cas et était la « source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction »⁴⁴, de l'aveu même de la Cour.

D.H., *Khmel c. Russie*, 12 décembre 2013 ; *Asadbeyli et autres c. Azerbaïdjan*, 11 décembre 2012 ; *Tsonyo Tsonov c. Bulgarie*, 14 janvier 2010. D'autres arrêts n'ont pas emporté violation de l'article 4 du Protocole n° 7.

⁴¹ § 82, souligné par nos soins.

⁴² J.T., 2009, p. 150. L'arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires : M. PALUMBO et P. KALLAI, « Les sanctions administratives applicables aux bénéficiaires du régime d'assurance obligatoire soins de santé et indemnité », J.L.M.B., 2009, p. 1910 ; F. KRENC, « Non bis in idem : la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme entend mettre fin à la cacophonie ! », *Dr. pén. entr.*, 2009, pp. 335 à 340 ; R. MALAGNINI, « L'application du principe non bis in idem : le cas de l'assurance chômage », J.L.M.B., 2009, pp. 1571 à 1580 ; H. MOCK, « Ne bis in idem : Strasbourg tranche en faveur de l'identité des faits – Cour européenne des droits de l'homme (Grande Chambre), *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009 », *Rev. trim. dr. h.*, 2009, pp. 867 à 881 ; P. HOET, « Gelijkheid van feiten of van inbreuken en van strafrechtelijke vervolgingen of van vervolgingen met een strafrechtelijke karakter? », R.A.B.G., 2009, pp. 890 à 902.

⁴³ Cour eur. D.H., décision *Donsetti et Chesnel c. France*, 14 septembre 1999 : l'omission du dépôt d'une déclaration d'impôt pouvait donner lieu à une amende administrative et une amende pénale, dès lors que seule l'infraction pénale requerrait une omission volontaire en jurisprudence, l'infraction fiscale étant établie par le seul défaut de déclaration ; Cour eur. D.H., décision *Rosenquist c. Suède*, 14 septembre 2004 : seule l'infraction pénale de fraude fiscale requerrait une intention coupable ou une négligence lourde, à la différence de l'infraction fiscale sanctionnée par un supplément de taxe ; Cour eur. D.H., *Garretta c. France*, 4 mars 2008 : l'élément moral est celui le plus différent entre le crime d'empoisonnement qui requiert l'intention homicide et le délit de tromperie sur la qualité substantielle des produits sanguins en dissimulant la contamination de ceux-ci, et autorise ainsi le cumul de poursuites et de peines.

⁴⁴ § 78.

³⁸ Cass., 25 mai 2011, *www.cass.be* et concl. conf. Av. gén. J.-M. GENICOT : *Pas.*, 2011, p. 1472 et concl. ; *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 1186 et concl. ; *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 303 et concl. ; *Chron. D.S.*, 2011, p. 278 ; J.T., 2011, p. 651 et obs. critiques J.-F. NEVEN et H. MORMONT, « Cumul des sanctions administrative et pénale en matière de chômage : la Cour de cassation ignore-t-elle la jurisprudence de Strasbourg sur l'identité d'infraction ? », J.L.M.B., 2012/3, p. 112 (avec Bruxelles, 6 juin 2011) et obs. critiques O. COENEGRACHTS, « Bis repetita (non) placent », J.T., 2012, p. 50 et obs. G.-F. RANERI, « Non bis in idem – La Cour de cassation rejette-t-elle la jurisprudence *Zolotoukhine* ? », T. *Straffr.*, 2011, p. 355, note F. SCHUERMANS ; *N.J.W.*, 2011, p. 772, note C. CONINGS ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1673, note L. VERMEULEN.

³⁹ Voy. aussi, le mémoire déposé par le Procureur général de Bruxelles et les conclusions de l'Avocat général, *Chron. D.S.*, 2011, pp. 261 à 264.

⁴⁰ Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *Maresti c. Croatie*, 25 juin 2009 ; Cour eur. D.H., arrêt *Ruotsalainen c. Finlande*, 16 juin 2009. Plus récemment, Cour eur. D.H., *Muslija c. Bosnie et Herzégovine*, 14 janvier 2014 ; Cour eur.

Il s'agit aussi d'une interprétation de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁵, mais inspirée d'une analyse de la variété des formules employées dans les instruments internationaux qui consacrent le principe *non bis in idem*⁴⁶, tels qu'interprétés par les juridictions internationales⁴⁷. La Cour s'est montrée sensible à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (anciennement des Communautés européennes) et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, en particulier, qui « ont attaché de l'importance à la différence entre la formule "mêmes faits" (*same acts* ou *same cause*), d'une part, et l'expression "[même] infraction" (*same offence*), d'autre part, lorsqu'elles ont décidé d'adopter l'approche fondée strictement sur l'identité des faits matériels et de ne pas retenir la qualification juridique de ces faits comme critère pertinent. Ce faisant, les deux juridictions ont souligné qu'une telle approche serait favorable à l'auteur de l'acte en cause qui saurait que, une fois reconnu coupable et sa peine purgée ou une fois relaxé, il n'aurait plus à craindre de nouvelles poursuites pour les mêmes faits [...]. La Cour estime que l'emploi du terme "infraction" à l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention ne saurait justifier l'adhésion à une approche plus restrictive. [...] [L]a Convention doit être interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives, et non pas théoriques et illusoire[s] [...], à la lumière de leur objet et de leur but et en tenant compte du principe de l'effet utile »⁴⁸. L'approche est résolument concrète et pragmatique.

Dans son arrêt *Zolotoukhine*, la Cour indique clairement comment il convient de procéder, après avoir précisé que la garantie n'entre en jeu que lorsque la décision antérieure d'acquiescement ou de condamnation est déjà coulée en force de chose jugée et que de nouvelles poursuites sont engagées. Il ne s'agit pas non plus d'attendre de voir quelles parties des nouvelles accusations sont finalement retenues ou écartées dans la procédure ultérieure, puisque la garantie doit empêcher de nouvelles poursuites, et non seulement une seconde condamnation ou un second acquiescement.

Selon la Cour, la source de comparaison et d'interprétation à laquelle il convient de se reporter comme utile point de départ pour vérifier la réalité de

l'idem est normalement constituée des exposés des faits contenus, d'une part, dans la décision clôturant la première procédure pénale et, d'autre part, dans l'acte d'accusation de la nouvelle procédure pénale, au sens autonome de la CEDH. Ces deux pièces sont en principe disponibles au moment clé où la garantie est appelée à jouer. À défaut, il convient de se reporter à tout autre élément du dossier permettant d'examiner les faits « qui constituent un ensemble de circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace, l'existence de ces circonstances devant être démontrée pour qu'une condamnation puisse être prononcée ou que des poursuites pénales puissent être engagées »⁴⁹.

En l'espèce, Sergueï Zolotoukhine avait réussi à faire entrer son amie dans un quartier militaire auquel l'accès était interdit. Pris sur le fait, en état d'ébriété, et conduit au poste de police, il avait injurié des policiers et poussé un capitaine de manière telle qu'il fut inculpé pour des faits constitutifs d'une atteinte à l'ordre public en vertu du Code des infractions administratives. Ultérieurement, les mêmes faits ont justifié une accusation fondée sur l'article 213 du Code pénal russe, pour atteinte à l'ordre public comme « élément central », et ce, pour avoir crié des obscénités au capitaine, menacé celui-ci de violence et lui avoir opposé de la résistance. Selon la Cour, au terme d'une analyse minutieuse des événements et des accusations, « [l]es faits des deux procédures ne se distinguent donc que par un élément, à savoir la menace de violence, qui n'avait pas été mentionné dans la première procédure. Par conséquent, la Cour estime que l'accusation portée en vertu de l'article 213, § 2, b), englobait dans leur totalité les faits de l'infraction réprimée par l'article 158 du code des infractions administratives et que, inversement, l'infraction d'"actes perturbateurs mineurs" ne renfermait aucun élément qui ne fût englobé dans l'infraction d'"actes perturbateurs". Les faits des deux infractions doivent donc être considérés comme étant en substance les mêmes aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention. Comme la Cour l'a souligné ci-dessus, les faits des deux infractions représentent le seul point de comparaison et l'argument du Gouvernement selon lequel elles étaient différentes de par la gravité de la peine qu'elles emportaient est donc sans pertinence pour l'examen auquel il y a lieu de se livrer »⁵⁰.

Il en va autrement en ce qui concerne deux autres inculpations, d'une part, pour insultes à un agent public en application de l'article 319 du Code pénal pour avoir injurié le commandant dans son bureau alors que celui-ci établissait le rapport sur l'infraction administrative, d'autre part, pour menace de recours à la violence contre un agent public, infraction réprimée par l'article 318 du Code pénal, pour avoir menacé de tuer le commandant lors de son transfert au poste de police régional Gribanovski. Selon la Cour, en effet, « [...] lors du

⁴⁵ Le point 1 de la disposition stipule ce qui suit : « 1. Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État » (souligné par nos soins).

⁴⁶ « Ainsi, l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention, l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté par les Nations unies et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne se réfèrent à la "[même] infraction" (*same offence*), la Convention américaine des droits de l'homme parle des "mêmes faits" (*same cause*), la Convention d'application de l'accord de Schengen emploie les termes "mêmes faits" (*same acts*) et le Statut de la Cour pénale internationale utilise quant à lui l'expression "[mêmes] actes" (*same conduct*) » (§ 79).

⁴⁷ Voy. §§ 31 à 44.

⁴⁸ §§ 79 et 80.

⁴⁹ § 84.

⁵⁰ § 97.

premier épisode le requérant a injurié M^{me} Y. et le capitaine S. dans les locaux du bureau des passeports, alors qu'au cours des deuxième et troisième épisodes il a insulté le commandant K., d'abord dans son bureau puis dans la voiture, et l'a menacé de violence. Il n'y a donc aucune unité de temps ou de lieu entre les trois épisodes. Il s'ensuit que si, en substance, le requérant a manifesté le même comportement tout au long de la journée du 4 janvier 2002 – en ce qu'il n'a cessé d'insulter divers fonctionnaires – il ne s'agissait pas d'un acte continu mais de différentes manifestations du même comportement adopté à un certain nombre d'occasions distinctes [...] »⁵¹. Or, « [p]our ce qui est des deuxième et troisième épisodes impliquant le commandant K., les accusations ont été portées contre le requérant pour la première et unique fois dans le cadre de la procédure pénale. On ne saurait donc dire que l'intéressé ait été jugé une nouvelle fois pour une infraction pour laquelle il avait déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif. Par conséquent, aucune question ne se pose sous l'angle de l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention à raison des poursuites engagées en application des articles 319 et 318 du code pénal »⁵².

Dans le prolongement de l'arrêt *Zolotoukhine*, la Cour a eu l'occasion de préciser en matière fiscale que les faits peuvent être considérés comme en substance les mêmes lorsque ce qui les distingue consiste dans l'élément moral requis dans les deux procédures :

« To sum up, the facts that gave rise to the summary penal order against the applicant related to the fact that he had used more leniently taxed fuel than diesel oil in his pickup van without having paid additional tax for the use. The fuel fee debit was imposed because the applicant's pickup van had been run on more leniently taxed fuel than diesel oil and it was then trebled because he had not given prior notice of this fact. This latter factor has above been considered to have amounted to a punishment to deter reoffending. Thus, the facts in the two sets of proceedings hardly differ albeit there was the requirement of intent in the first set of proceedings. The facts of the two offences must, the Court considers, therefore be regarded as substantially the same for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. As the Court has held, the facts of the two offences serve as its sole point of comparison (see *Sergey Zolotukhin v. Russia* [GC], cited above, § 97). Lastly, the Court notes that the latter proceedings did not fall within the exceptions envisaged by the second paragraph of the said provision. » (violation)⁵³.

13. Dans un arrêt n° 91/2010 du 29 juillet 2010, la Cour constitutionnelle avait déjà laissé entendre que l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* aurait des répercussions en droit belge, le citant expressément alors qu'elle ne lui donnait en fin de compte aucune portée en l'espèce, au motif que les règlements-taxes

communaux visés au titre de sanctions pénales ne constituent en aucune façon des peines, mais sont de nature purement fiscale. Pour que le principe s'applique à une taxe, en l'occurrence une taxe régionale frappant les logements inoccupés, il est requis que cette taxe constitue, outre un impôt, une mesure de nature pénale⁵⁴. Le principe n'interdit nullement le cumul d'une taxe et d'une amende.

Selon la Cour, néanmoins, « [l]e principe non bis in idem interdit "de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes » (CEDH, grande chambre, 10 février 2009, *Zolotoukhine c. Russie*). Pour que ce principe s'applique à une taxe, il est requis que cette taxe constitue, outre un impôt, une mesure de nature pénale »⁵⁵.

À l'époque, pourtant, il n'était pas encore question d'appliquer l'article 4.1 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui fonde désormais la jurisprudence *Zolotoukhine c. Russie*⁵⁶... Le moyen visait également l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, mais la Cour ne retint dans son arrêt que le principe général.

Tel sera le cas dans l'arrêt plus récent n° 181/2013 du 19 décembre 2013⁵⁷ où la Cour vise expressément le principe général de droit *non bis in idem*, également garanti par l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et « consacré par l'article 4 du Septième Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, entré en vigueur à l'égard de la Belgique le 1^{er} juillet 2012 »⁵⁸. Soit l'arrêt même par lequel l'identité de l'élément moral n'est plus requise (sans faire référence à l'arrêt *Ruotsalainen* du 16 juin 2009 qui dispose pourtant précisément dans ce sens, cela dit en passant⁵⁹).

Pour la petite histoire, tel fut déjà le cas précédemment, en réalité, dans un arrêt n° 112/2012 du 20 septembre 2012⁶⁰ relatif à l'amende instaurée par l'article 1^{er}bis, § 1^{er}, 5^o, C), de la loi du 30 juin 1971 (aujourd'hui abrogé par l'article 109, 26^o, de la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social) encourue par l'employeur qui n'a pas déclaré immédiatement un emploi en communiquant une série de données prescrites à l'O.N.S.S. La Cour rappelle

⁵⁴ B.4.5.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ De même, sans se référer au Pacte : C. trav. Bruxelles, 11 août 2010, R.G. n° 2002/AB/43540, www.juridat.be ; C. trav. Liège (sect. Namur), 13 janvier 2011, R.G. n° 130/2010, www.juridat.be. En se référant au Pacte : Corr. Charleroi, 5 septembre 2011, *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 313.

⁵⁷ Voy. la note 33 et l'arrêt 61/2014 qui vise également « dans son champ d'application, [...] l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

⁵⁸ B.3.1.

⁵⁹ Le détail sera ajouté dans l'arrêt n° 61/2014 précité.

⁶⁰ B.4.1. *Dr. pén. entr.*, 2012 (somm.), p. 287, note ; *N.J.W.*, 2013, p. 843, note L. VERMEULEN et E. VAN GRUNDEBECK.

que « [p]our que le principe *non bis in idem* soit applicable à la cotisation de solidarité en cause, cette cotisation de solidarité doit d'abord être une mesure à caractère pénal⁶¹, et non une mesure à caractère civil⁶². » Dès lors que la disposition en cause instaure une mesure de nature essentiellement civile, dans l'intérêt du financement de la sécurité sociale, le principe *non bis in idem* ne peut s'y appliquer et elle est, partant, compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec le principe général de droit *non bis in idem*⁶³.

14. L'autre événement expliquant les hésitations passées en jurisprudence et la paix que l'on espère retrouvée entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle tient à la ratification de l'article 4.1 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme par la Belgique le 13 avril 2012, entré en vigueur à l'égard de celle-ci le 1^{er} juillet 2012. Ledit article est, en effet, au cœur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui avait pris soin de préciser que, dans les instruments à sa disposition, seul l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme garantit le principe *non bis in idem*, à l'exclusion de l'article 6 de la Convention ou de toute autre disposition, expressément ou implicitement⁶⁴.

Pour des raisons liées à la technique de la procédure en cassation, l'arrêt du 25 mai 2011 était, quant à lui, fondé sur le principe général du droit *non bis in idem*, dans le cadre d'un moyen pris, pour ce qui nous concerne, de l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il est donc juridiquement compréhensible que la Cour de cassation n'ait pas anticipé la ratification (elle n'était pas tenue de le faire d'office)⁶⁵ et parfaitement probable que, si la Cour de cassation devait se prononcer sur un moyen pris de l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, aujourd'hui entré en vigueur à l'égard de la Belgique, le contenu de l'arrêt serait désormais conforme à la jurisprudence *Zolotoukhine c. Russie*⁶⁶... à peine d'ailleurs, dans le cas contraire, de violer cette disposition.

On ne manquera pas d'observer, cela dit, que l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel est siamois avec l'article 14, paragraphe 7, du Pacte international

⁶¹ B.6.

⁶² B.7.

⁶³ B.10.2.

⁶⁴ Voy., en particulier, Cour eur. D.H., *Ponsetti et Chesnel c. France*, 14 septembre 1999, § 6.

⁶⁵ Voy. G.-F. RANERI, *op. cit.*, p. 53, n° 4. De même : Cass., 12 janvier 2001, R.G. n° D.99.0014.N ; Cass., 5 février 1999, R.G. n° C.97.0441.N. Comp. avec Cass., 11 mai 2004, R.G. n° P.03.1705.N.

⁶⁶ Voy. dans ce sens Mons (4^e ch.), 14 novembre 2012, *Chron. D.S.*, 2013, p. 421.

relatif aux droits civils et politiques. Il précise seulement qu'il faut avoir été condamné « pénalement par les juridictions du même État » pour voir jouer la garantie. L'*idem* porte dans les deux cas sur « une infraction » : « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale [de chaque pays/de cet État]. » La jurisprudence strasbourgeoise eût donc pu être utilisée par le juge belge pour interpréter le Pacte⁶⁷ en dialogue et en réseau. Il était aussi certes aucune obligation contraignante sur ce point. Mais, à défaut d'avoir commis une faute juridique, l'on peut se demander si la Cour n'a pas commis une faute de goût et manqué singulièrement l'occasion d'innover dans le sens de l'histoire jurisprudentielle, à l'instar de la section de législation du Conseil d'État qui, dès 2009, a pris et continue de prendre grand soin d'inviter le législateur à « tenir compte, sur cette question, des précisions fournies sur la portée du principe « *non bis in idem* » par l'arrêt *Zolotoukhine* »⁶⁸ en redoublant de précision et en évitant les cumuls.

Rappelons par ailleurs que le principe est également consacré, pour ce qui nous concerne, par l'article 20 du Statut de la loi pénale internationale, par l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985, par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, par la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁹ au rang de principe fondamental du droit de l'Union et par la Cour constitutionnelle⁷⁰ et la Cour de cassation⁷¹ au titre de principe général du droit de l'ordre juridique interne belge⁷². Excusez du peu.

⁶⁷ Dans ce sens : J.-F. NEVEN et H. MORMONT, *op. cit.*, n° 4, note 6.

⁶⁸ S.L.C.E., avis n° 46.391/2 du 4 mai 2009 sur un avant-projet de loi « modifiant, en ce qui concerne le statut et le contrôle des sociétés de gestion des droits, la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins », *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2051/1, p. 180, note 4 ; S.L.C.E., avis n° 46.807/1 du 1^{er} juillet 2009 sur un avant-projet de loi « relative aux services de paiement », *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2179/1, p. 164 ; S.L.C.E., avis n° 46.870/2 du 8 juillet 2009 sur un avant-projet de loi « relative au statut des établissements de paiement, à l'accès à l'activité de prestataire de services de paiement et à l'accès aux systèmes de paiement », *Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, n° 52-2182/1, pp. 88 à 91.

⁶⁹ Cour eur. D.H., 15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij n.v. (LVM) et autres c. Commission*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P à C-252/99 P et C-254/99, point 59 et les références citées par la Cour dans son arrêt *Zolotoukhine c. Russie*.

⁷⁰ Voy. C.C., 26 avril 2007, n° 67/2007, B.8, B.17 et dispositif ; C.C., 18 juin 2008, n° 91/2008, B.7 ; C.C., n° 112/2012, 20 septembre 2012, B.4.1 et B.10.2 ; C.C., n° 181/2013, 19 décembre 2013, B.3.1 ; C.C., 3 avril 2014, n° 61/2014, B.15.1 et B.17.2.

⁷¹ Rem. déjà C.A., n° 127/2000, 6 décembre 2000, B.12.4, impl. ; C.C., n° 91/2010, 29 juillet 2010, B.4.4, où la Cour semble synthétiser le principe.

⁷² Voy., p. ex., Cass., 21 décembre 2011, préc. ; Cass., 25 mai 2011, préc. ; Cass., 2 décembre 2009, R.G. n° P.09.1581.F ; Cass., 3 février 2009, R.G. n° P.08.1742.N ; Cass., 19 mars 2002, R.G. n° P.00.1603.N ; Cass., 31 octobre 2000, R.G. n° P.00.1280.N. Adde : Cass., 5 mai 1992, Pas., 1992, I, p. 782 ; Cass., 5 juin 1985, Pas., 1985, I, p. 1250 ; Cass., 6 février 1985, Pas., 1985, I, p. 702 ; Cass., 16 mars 1982, Pas., 1982, I, p. 834 ; Cass., 27 janvier 1981, Pas., 1981, I, p. 558 ; Cass., 22 février 1971, Pas., 1971, p. 569.

⁷³ Cass., 3 février 2009, R.G. n° P.08.1742.N.

15. L'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 2011 n'en resterait pas moins critiquable, selon certains auteurs⁷³, en ce qu'il semble interdire au directeur de l'Office national de l'emploi de tenir compte de l'intention frauduleuse du défendeur pour déterminer la durée de l'exclusion, la sanction d'une telle intention étant une « prérogative du pouvoir judiciaire dans l'exercice de laquelle une autorité administrative ne saurait s'immiscer ». De la sorte, la Cour semble donner au dol spécial requis dans le cadre du texte pénal une portée exclusive de toute répression administrative à cet égard, probablement pour asseoir la conclusion selon laquelle deux éléments moraux distincts étant requis, le principe *non bis in idem* n'est pas garanti.

Selon ces auteurs, rien dans la disposition établissant la sanction administrative ne permet d'établir que l'autorité administrative ne puisse pas sanctionner les faits incriminés lorsqu'ils ont été commis avec une intention frauduleuse, en l'absence de toute précision à ce sujet. Telle serait au demeurant la pratique, la gravité de la sanction étant généralement appréciée par l'autorité – par le juge sur recours – en tenant compte de ladite intention, le cas échéant, ce qui expliquerait d'ailleurs que l'échelle de sanction soit souvent largement conçue. Nombreuses seraient par ailleurs les sanctions administratives requérant également une intention de fraude et le mouvement de dépenalisation du droit pénal social (voire du droit pénal tout court jusqu'en matière d'incivilités) irait clairement dans le sens d'un cumul d'infractions pénales et administratives en législation. Il en résulterait en l'espèce qu'en l'absence d'une intention frauduleuse, seule une sanction administrative puisse être prononcée, puisque la sanction pénale requiert cet élément moral. En présence d'une telle intention, en revanche, il faudrait distinguer si ce sont les mêmes faits qui justifient la sanction, indissociablement liés entre eux dans le temps et l'espace, auquel cas le principe *non bis in idem* s'opposerait au cumul des sanctions.

16. Une telle conception pêche à notre sens sur le plan théorique, sous l'angle de la théorie de l'élément moral de l'infraction.

Une sanction administrative à caractère répressif prédominant doit être assimilée à une sanction pénale. À ce titre, elle contient nécessairement un élément moral⁷⁴, à défaut de quoi le principe de la personnalité des peines serait violé, l'inculpé ne pouvant démontrer qu'il n'a pas été négligent et qu'il a pris toutes les mesures nécessaires à l'évitement de l'infraction⁷⁵ afin de se disculper. Or il arrive en droit pénal que le texte établissant la sanction ne prévoie aucun élément moral ou qu'il prescrive une simple faute. Dans les deux cas, la sanction

peut être infligée à condition d'établir une faute ou tout autre élément moral plus intense, à condition toutefois, sur ce dernier point, que les textes ne prévoient pas déjà une infraction plus grave définie par ledit élément moral, auquel cas seule la sanction correspondante sera prononcée. L'on n'imagine en effet pas condamner un citoyen à la fois pour homicide involontaire et pour meurtre. Soit c'est l'un, soit c'est l'autre.

Dans notre cas de figure, la question se pose dans les mêmes termes en réalité, fût-ce dans un contexte particulier, et il ne semble pas y avoir de bonne raison de s'écarter de la solution retenue en matière pénale *stricto sensu*, si ce n'est que le droit belge n'est pas encore adapté à cette conception. La théorie de l'élément moral forme un tout et elle doit être appliquée sans cloisonner les sanctions pénales et les sanctions administratives en deux sous-ensembles distincts. Il s'agit, au contraire, d'assimiler celles-ci dans un seul et même ensemble, au titre d'accusations en matière pénale, à la faveur d'une théorie commune et unique de l'élément moral de l'infraction au sens large également. Cette thèse s'inscrit dans la suite logique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de notre Cour constitutionnelle, favorable au déclassement progressif en matière répressive.

Il devrait en résulter qu'en présence d'une infraction, pénale ou administrative, définie par un élément moral plus exigeant que la simple faute, une autre infraction, pénale ou administrative, définie par les mêmes faits, mais sans précision sur le plan de l'élément moral, doit en principe céder le pas dans l'application. Le cas échéant, il ne revient donc pas à l'autorité administrative de sanctionner l'infraction commise avec intention frauduleuse, puisqu'une (autre) sanction pénale est expressément prévue à cet effet.

Telle aurait pu être la logique suivie par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 mai 2011, dont les termes utilisés, à titre surabondant par rapport au cœur du problème, ne permettent toutefois pas d'aboutir à une telle déduction.

La solution préconisée n'en paraît pas moins la plus adéquate pour éviter de concevoir artificiellement les sanctions pénales et administratives comme « deux ensembles étanches, sans intersection »⁷⁶, alors qu'il s'agit, dans les deux cas, de sanctions pénales. De même que l'on n'imagine pas (plus) élaborer un principe *non bis in idem* qui n'inclurait pas les sanctions administratives à caractère répressif, avec les sanctions pénales, dans son rayon d'action, une telle dichotomie serait aujourd'hui malvenue en ce qui concerne la théorie de l'élément moral de l'infraction et l'on n'aperçoit pas les raisons théoriques qui justifieraient de cloisonner les sanctions sur un point et non sur l'autre. L'approche prônée s'inscrit d'ailleurs parfaitement dans celle, à vocation large⁷⁷ et

⁷³ J.-F. NEVEN et H. MORMONT, *op. cit.*, n° 12 à 15, pp. 653 et 654.

⁷⁴ *Contra* : F. ROGGEN, *op. cit.*, p. 19, pour qui aucun élément moral ne serait exigé dans le cadre de l'infraction d'une amende administrative en matière fiscale, même s'il « va toutefois de soi qu'une cause de justification aurait, sur le plan administratif, le même effet libérateur que sur le plan pénal » (note 59). Rapp. C.C., 16 juillet 2009, n° 119/2009, examiné *supra*, n° 4.

⁷⁵ Voy. sur ce point, *supra*.

⁷⁶ Comp. J.-F. NEVEN et H. MORMONT, *op. cit.*, n° 15, p. 654.

⁷⁷ Même si la Cour indique qu'elle ne souhaite pas consacrer une approche « plus restrictive » de la garantie que celle arrêtée par les autres cours. Cela n'en fait pas, en soi, une approche stricte.

concrète, retenue par la Cour européenne des droits de l'homme en ce qui concerne le principe *non bis in idem*. Il s'impose, ici aussi, de dépasser le stade de la qualification juridique.

Les principes identifiés plus haut découlent naturellement de l'existence même d'un élément moral dans toute sanction administrative de manière telle que l'on n'imaginerait pas non plus, voire encore moins, que le principe *non bis in idem* ne joue pas en présence de plusieurs sanctions administratives à caractère répressif prédominant.

L'on est bien conscient, en écrivant ces lignes, que la thèse, d'apparence simple et anodine, n'est pas sans conséquence. Elle impliquerait de revisiter l'ensemble de l'arsenal des sanctions administratives et pénales, tel qu'il a été conçu pour répondre à divers phénomènes de société, afin d'éviter d'empêcher la répression administrative en présence de faits délibérés, incriminés par ailleurs comme tels sur le plan pénal, à supposer que telle était la volonté du législateur. Mais, en toute hypothèse, que l'autorité puisse ou non sanctionner la même infraction en présence d'une intention frauduleuse, la conséquence n'en restera pas moins le choix imposé, en pratique, entre la voie administrative et la voie pénale, à défaut de quoi jouera pleinement la garantie du *non bis in idem*, dans la conception aujourd'hui consacrée selon laquelle seuls les faits suffisent à signifier son entrée en jeu. Dans tous les cas, le soin revient au législateur d'articuler davantage les répressions pénale et administrative, sur un mode alternatif plutôt que cumulatif⁷⁸, de manière telle qu'il conviendra seulement d'inclure dans la réflexion, à cette occasion, les impératifs de l'élément moral de l'infraction.

Selon notre thèse, dans l'affaire soumise à la Cour de cassation, chaque fait ne pouvait faire l'objet que d'un seul mode de poursuite, conformément à la législation interprétée à la lumière de la théorie de l'élément moral de l'infraction, et la question d'une double poursuite ou sanction ne devait tout simplement pas se poser. À suivre le point de vue selon lequel l'autorité pouvait sanctionner l'infraction commise frauduleusement, le principe *non bis in idem* n'empêchait certes pas l'autorité de sanctionner l'intéressé, mais avec pour conséquence que plus aucune poursuite ni *a fortiori* plus aucune sanction pénale ne pouvaient être prononcées. Seuls des faits ou circonstances factuelles différents peuvent justifier un cumul des sanctions, selon la jurisprudence *Zolotoukhine*, par exemple, en l'espèce, le fait d'avoir omis de remplir la carte de contrôle avant l'exercice d'une activité et le fait d'avoir sciemment et volontairement fait de fausses déclarations, ou, plus subtilement, le fait d'avoir utilisé en fin de mois la carte de pointage non biflée en la transmettant à son organisme de paiement⁷⁹. La question se pose toutefois, le cas échéant, de savoir s'il

n'y a pas, dans une telle occurrence, un concours d'infractions commises dans une seule et même intention délictueuse⁸⁰.

17. Une telle doctrine suppose évidemment que l'on puisse considérer la sanction administrative et la sanction pénale sur un même plan, ce qui est bien le cas s'agissant d'accusations pénales au sens autonome de la CEDH dans les deux cas. Il pourrait découler de cette nature commune que, lorsqu'une infraction pénale (au sens de la Convention) requiert un élément moral spécifique, la même infraction déclinée sans précision, impliquant par conséquent l'exigence d'une simple faute, ne puisse pas être cumulée, fût-elle administrative. Pour mémoire, le principe *non bis in idem* comme la théorie de l'élément moral sont susceptibles d'opérer en présence de deux sanctions administratives à caractère répressif prédominant, comme en présence de deux sanctions pénales au sens national du terme.

La question est plus délicate en présence de faits parfaitement identiques incriminés avec le même élément moral, sous le couvert d'appellations différentes⁸¹, prédestinant au cumul de sanctions si le législateur n'a pas organisé le caractère alternatif de celles-ci, en l'absence du principe *non bis in idem*. Une telle situation ne se rencontre guère en droit pénal classique⁸². Elle est, en revanche, plus vraisemblable en droit pénal au sens large, à défaut pour le législateur d'y avoir prêté attention jusqu'ici au moment d'attribuer à deux autorités différentes, voire deux juges de nature différente en cas de recours contre la sanction administrative, la compétence de punir. Le cas échéant, le principe *non bis in idem* sera appelé à jouer un rôle qui n'est habituellement pas le sien, lui qui vise d'ordinaire à remédier au cumul de peines, et non au cumul d'infractions, à défaut pour la théorie de l'élément moral de constituer un rempart suffisant contre le cumul d'infractions identiques par le législateur. Comme tel, cela étant, le principe *non bis in idem* n'interdit pas au législateur d'incriminer pénalement et administrativement un même fait, mais bien uniquement les

que celle découverte à l'origine. Le cas échéant, « le principe *non bis in idem* ne s'opposerait pas à ce que des poursuites pénales soient intentées à l'égard du contribuable concerné, pour autant qu'il ne s'agisse pas de faits en substance identiques à ceux pour lesquels il a fait l'objet de la sanction administrative » (C.C., 3 avril 2014, n° 61/2014, B. 17.2).

⁷⁸ Voy. D. ROULVÉ, op. cit. pp. 294 et 295 et la jurisprudence citée ; C. trav. Liège, 15^e ch., 18 décembre 2008, R.G. n° 035467, www.juridat.be ; Trib. trav. Bruxelles, 17^e ch., 21 mai 2010, cité in C. trav. Bruxelles (3^e ch.), 24 novembre 2011, R.G. n° 2010/AB/607, www.terralaboris.be.

⁸¹ Rapp. Cour eur. D.H., *Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, spéc. § 73, et la référence à l'arrêt *Fischer c. Autriche* du 29 mai 2001 dans laquelle la Cour avait confirmé, avant l'arrêt de principe, que l'article 4 du Protocole n° 7 tolérât une pluralité de poursuites en cas de concours idéal d'infractions, mais qu'il serait incompatible avec cette disposition de juger ou de punir deux fois une personne pour des infractions simplement « différentes quant à leur appellation ». Il fallait donc examiner de surcroît si ces infractions avaient ou non les mêmes « éléments essentiels », tel étant le cas de l'infraction administrative de conduite sous l'empire de l'alcool et l'infraction d'homicide par imprudence causé « dans un état d'ivresse ».

⁸² Le concours d'infractions vise, en effet, des infractions différentes commises dans une même intention délictueuse.

⁷⁸ Et d'organiser et favoriser bien entendu, dans ce cadre, la coopération entre autorités judiciaires et administratives.

⁷⁹ En matière fiscale, la Cour constitutionnelle prend l'exemple de faits nouveaux apparus après que la sanction administrative a acquis un caractère définitif et indiquant que l'ampleur de la fraude est plus vaste

poursuites successives dès la première condamnation définitive. Il s'agit, par conséquent, d'élire une seule voie⁸⁵. À moins de permettre au juge de se substituer en matière de sanction administrative dans certains cas ? L'on en voit maintenant une application possible sous la forme d'une proposition.

18. La même circonstance d'un *ius puniendi* partagé empêcherait, en effet, la théorie de l'élément moral de jouer pleinement ses effets avec toute la cohérence voulue dans le premier cas de figure, en présence d'éléments matériels identiques incriminés par des éléments moraux différents. Il pourrait en résulter une forme d'impunité dans certains cas précis, récemment mis en lumière par O. Coenegrachts en matière de chômage. À suivre la jurisprudence *Zolotoukhine* jusqu'au bout – jurisprudence que l'on tient pour acquise⁸⁴ –, le risque serait, en effet, réel d'une forme d'impunité pour un chômeur dont la matérialité de l'acte peut être établie, mais non son intention frauduleuse, dans l'hypothèse d'un recours introduit à l'encontre d'une sanction administrative et de poursuites pénales parallèles. Si le tribunal correctionnel acquitte l'inculpé au motif que l'intention frauduleuse n'est pas établie, le tribunal du travail devrait, en effet, annuler la décision administrative en application du principe *non bis in idem*, car le chômeur aura déjà été poursuivi pour le même comportement matériel.

Un tel constat conduit l'auteur à soulever une question qui renvoie aux questions fondamentales liées en droit pénal à l'élément moral de l'infraction⁸⁵ : « la conception du "idem" de la jurisprudence *Zolotoukhine* (conception factuelle) implique-t-elle qu'un comportement matériel ne puisse inclure aucune dimension psychologique ? Dans certains cas précis, l'état d'esprit de l'auteur, envisagé non pas comme un "élément constitutif d'une infraction" mais comme une composante d'un comportement, ne fait-il pas une différence lorsqu'on analyse les "circonstances factuelles concrètes impliquant le même contrevenant et indissociablement liées entre elles dans le temps et l'espace" ? Faut-il, au contraire, considérer que l'état d'esprit ne doit plus avoir aucune incidence depuis que l'arrêt *Zolotoukhine* a rejeté la conception juridique du "idem" ? »⁸⁶

⁸⁵ Voy., à cet égard, C.C., 3 avril 2014, n° 61/2014 concernant la loi du 20 septembre 2012 instaurant le principe « una via » dans le cadre de la poursuite des infractions à la législation fiscale et majorant les amendes pénales fiscales sur la voie répressive (pénale ou administrative) la plus adéquate, en l'occurrence validée.

⁸⁶ L'auteur évoque également l'impasse de la jurisprudence antérieure audit arrêt dans l'hypothèse d'un recours introduit à l'encontre d'une sanction administrative, susceptible de déboucher sur deux solutions différentes suivant que la sanction administrative est devenue définitive avant ou après la sanction pénale : dans le premier cas, les sanctions pénales et administratives pourraient être cumulées, ce qui serait interdit dans le second cas. L'exemple montre bien que, quelle que soit la conception retenue, le principe *non bis in idem* vient perturber la mécanique répressive lorsqu'elle n'est pas pensée de manière globale et intégrée du point de vue pénal et administratif en raison de l'assimilation.

⁸⁷ Voy. la contribution de N. Colette-Bacecq et F. Lambinet sur l'élément moral de l'infraction,

⁸⁸ Op. cit., n° 18, p. 128.

Cette conclusion, bien que formulée sur le mode interrogatif, ne concerne à l'évidence que la garantie du *non bis in idem* à l'exclusion de la théorie de l'élément moral de l'infraction, le premier opérant plus largement que la seconde et sans remettre celle-ci fondamentalement en question.

Une telle situation ne se rencontre pas non plus en droit pénal où le juge, saisi de faits, est censé épuiser toutes les qualifications en disqualifiant au besoin les faits sur la base des éléments de preuve en présence pour retenir une infraction moins grave que celle initialement poursuivie⁸⁷. L'article 339 du Code d'instruction criminelle le consacre expressément en ce qui concerne la Cour d'assises en prévoyant que « [l']accusé acquitté par une cour d'assises ne peut plus être poursuivi pour les mêmes faits, quelle que soit la qualification juridique attribuée à ceux-ci ». L'on comprend, dans ces conditions, que l'acquiescement d'un inculpé poursuivi pour homicide involontaire interdise toute nouvelle poursuite ultérieure pour meurtre, et inversement.

Dans la matière qui nous concerne, le juge pénal ne semble pas pouvoir disqualifier en infraction administrative les faits dont il a été saisi, pas plus que l'autorité administrative ne puisse faire l'inverse pour retenir une infraction plus grave⁸⁸, ce qui n'est déjà pas permis en droit pénal. Il est alors incompréhensible que l'acquiescement d'un inculpé poursuivi pour fraude au chômage interdise toute nouvelle sanction administrative ultérieure si celui-ci n'a pas rempli ses obligations élémentaires. En pratique, une telle situation, si elle est connue, risquerait au demeurant d'inciter le juge, par nature peu enclin à admettre l'impunité, à retenir l'infraction intentionnelle, même en cas de doute plus ou moins léger quant à l'intention réelle, à défaut de pouvoir disqualifier les faits.

Faut-il pour autant jeter l'interprétation large du principe *non bis in idem* avec l'eau du bain dans ce cas de figure ? Nous n'en sommes pas convaincu, les cas d'impunité dénoncés pouvant être résolus autrement. Par exemple, en autorisant expressément le juge pénal à prononcer la sanction administrative par

⁸⁷ Il ne peut pas le faire dans le sens inverse. Voy., à propos de cette règle, N. COLETTE-BACECQZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, Limal, Anthémis, 2013, p. 49 ; M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, pp. 1101 et 1102 : « Une décision d'acquiescement implique en effet que le prévenu ou l'accusé n'a pas commis les faits qui lui sont reprochés et donc que la juridiction a examiné – explicitement ou implicitement – toutes les qualifications pénales. De même, une décision de condamnation du chef de telle prévention signifie que les autres qualifications ont été exclues. »

⁸⁸ Elle pourrait, en revanche, choisir de retirer une sanction administrative non définitive pour permettre à la répression pénale d'opérer tout en sauvegardant le fondement du principe. Voy., sur ce point, D. ROULIVE, op. cit., pp. 287 à 289, qui mentionne également le cas particulier de sanctions administratives jamais définitives en cas de notification par lettre simple ou en l'absence de mentions obligatoires qui a pour conséquence d'empêcher le délai de recours de courir. Contra : F. KRENC, « *Non bis in idem* : la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme entend mettre fin à la cacophonie ! », *Dr. pén. entr.*, 2009, p. 339. En toute hypothèse la sanction doit-elle pouvoir être retirée, ce qui suppose notamment le respect des conditions d'un tel retrait, s'agissant probablement, en l'occurrence, d'un acte créateur de droit.

disqualification. Après tout, ne s'agit-il pas aussi d'une infraction pénale⁸⁹ ? L'idée n'est nullement choquante sur le plan théorique. Elle a certes pour conséquence pratique d'autoriser le juge pénal à régler deux contentieux distincts en cas de recours pendant contre une sanction administrative, mais tel est en toute hypothèse déjà le résultat de toute décision prise à l'égard de mêmes faits sous l'empire de la « nouvelle jurisprudence » *non bis in idem*.

S'agissant d'un principe général du droit pénal, peut-être l'intervention du législateur n'est-elle même pas requise pour imposer cette solution évidente dans une matière où la jurisprudence n'en est par ailleurs pas à sa première création tirée de la primauté du droit international⁹⁰. Il est cependant de jurisprudence constante, de la Cour constitutionnelle, que, si la nature pénale d'une amende administrative au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a pour effet que les garanties de cette disposition doivent être respectées, elle n'a pas pour conséquence que cette amende serait de nature pénale dans la législation belge et que, dès lors, pour prendre un exemple, l'article 86 du Code pénal et l'article 20 du titre préliminaire du Code de procédure pénale lui seraient ou devraient lui être applicables⁹¹, sous réserve d'un test de conformité au principe d'égalité et de non-discrimination. La question est de savoir si le juge estimera que la règle peut être déduite ou non du principe *non bis in idem*, règle procédurale par excellence. Une telle interprétation serait par ailleurs défavorable à l'auteur des faits, en quelque sorte privé de l'impunité, alors que l'arrêt du 10 février 2009 consacrait, quant à lui, une interprétation favorable à l'auteur du principe concerné, retenue pour telle.

Il pourrait donc être conclu qu'une intervention législative soit nécessaire. Le cas échéant, celle-ci ne paraît cependant guère compliquée, de prime abord, comparé à d'autres initiatives législatives suggérées pour remédier à l'impunité⁹², de manière telle qu'elle peut être préconisée, sous réserve d'une plus ample réflexion.

⁸⁹ Rapp. concernant l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et « le principe général de droit pénal qui exige que rien de ce qui appartient au pouvoir d'appréciation de l'administration n'échappe au contrôle du juge » : C.C., 14 septembre 2006, n° 138/2006, B.7.2 ; C.C., 8 novembre 2006, n° 165/2006, B.7.2 ; C.C., 13 décembre 2006, n° 199/2006, B.7.2 ; C.C., 11 janvier 2007, n° 8/2007, B.7.2 ; C.C., 7 juin 2007, n° 81/2007, B.7.2 ; C.C., 15 mai 2008, n° 79/2008, B.6.1 ; C.C., 30 octobre 2008, n° 140/2008, B.7.2 ; C.C., 11 mars 2009, n° 42/2009, B.6 ; C.C., 9 juillet 2009, n° 111/2009 ; C.C., 31 mai 2011, n° 100/2011, B.6 ; C.C., 5 mai 2011, n° 66/2011, B.7.

⁹⁰ Rapp. : « L'article 160 de la Constitution combiné avec le principe de sécurité juridique au détriment du principe de légalité : une "arme de construction massive" dans les mains du Conseil d'État et la Cour constitutionnelle ? Concernant le maintien temporaire des effets d'un règlement irrégulier », note sous C.C., 9 février 2012, n° 18/2012, A.P., 2012, pp. 401 à 413.

⁹¹ C.C., 16 juillet 2009, n° 119/2009, B.6.2.

⁹² Voy. O. COENEGRACHTS, op. cit., n° 19, pp. 128 et 129 en ce qui concerne le Code pénal social conçu en période d'incertitude jurisprudentielle. Voy. aussi, notamment, M. DE RUE, op. cit., p. 82, n° 136 ; M. MORSIA, *Infractions et sanctions en droit social*, Bruxelles, Larcier, 2013, n° 299, pp. 243 et 244.

19. À noter qu'en matière d'autorité de la chose jugée sur l'action publique, la Cour de cassation semble avoir minimisé l'obligation faite au juge d'épuiser toutes les qualifications pénales au motif, ici aussi, d'éléments moraux distincts. L'on connaît sa jurisprudence classique selon laquelle ladite autorité « est limitée à ce qui a été certainement et nécessairement jugé par le juge pénal concernant l'existence des faits mis à charge du prévenu et en prenant en compte les motifs qui sont le soutien nécessaire de la décision ». Confrontée à la situation d'un tribunal correctionnel ayant refusé, de manière expresse, d'examiner si le docteur P. M. avait commis « une faute professionnelle », notamment s'il avait causé le mal (en l'espèce, des séquelles d'une hypoglycémie dont a été victime un enfant âgé de trois jours lorsqu'il séjournait au service de maternité de la clinique dans laquelle officiait l'intéressé) par défaut de prévoyance ou de précaution, sans intention d'attenter à la personne d'autrui, et de manière implicite d'examiner si deux infirmières avaient commis une faute non intentionnelle, notamment si elles avaient causé le mal par défaut de prévoyance ou de précaution, sans intention d'attenter à la personne d'autrui, la Cour a considéré que « l'autorité de la chose jugée attachée au jugement [...] ne s'étend pas aux actions civiles, portées devant le juge civil, fondées sur les fautes involontaires commises par les trois prévenus [...] », alors que la cour d'appel avait, quant à elle, estimé méconnaître le principe général du droit relatif à l'autorité de la chose jugée au pénal en examinant si les faits reprochés à ces prévenus constituent « l'infraction de lésions involontaires par défaut de prévoyance ou de précaution visée à l'article 418 du Code pénal »⁹³, de même que l'Avocat général A. Henkes dans ses conclusions, au motif que « le juge répressif est censé avoir examiné si les faits lui soumis étaient, le cas échéant, susceptibles de répondre à la prévention d'homicide involontaire au sens des articles 418 et 420 du Code pénal ».

20. Il faut encore signaler que la Cour constitutionnelle ne s'est pas montrée favorable à un autre mécanisme permettant, quant à lui, de cumuler les poursuites moyennant suspension de l'exigibilité de l'amende fiscale ou de l'accroissement d'impôt prononcé à l'encontre du contribuable à compter du moment où le ministère public exerce, contre ce même contribuable, l'action publique. Selon la cour, « [l]e législateur a donc méconnu le principe *non bis in idem* en permettant au ministère public d'engager des poursuites pénales (en ouvrant ou en ne clôturant pas une information judiciaire ou en mettant en mouvement l'action publique) contre une personne qui a déjà fait l'objet, pour des faits en substance identiques, d'une sanction administrative, à caractère pénal, devenue définitive, ainsi qu'en autorisant que cette personne soit renvoyée, en raison de faits en substance identiques, devant une juridiction pénale ou, si cette juridiction était déjà saisie, en lui permettant de continuer l'examen de la cause »⁹⁴.

⁹³ Cass., 30 juin 2011, R.G. n° C.09.0160.F et concil., critiqué par N. COLETTE-BASECQZ et N. BLAISE, op. cit., p. 49.

⁹⁴ C.C., 3 avril 2014, n° 61/2014, B. 18.3.

Conclusion

21. Nos réflexions à propos de l'élément moral de l'infraction permettent de mesurer à quel point la qualification de sanctions pénales, s'agissant des sanctions administratives à caractère répressif prédominant, n'a pas fini de déstabiliser les droits internes sur des terrains parfois insoupçonnés. Toutes les conséquences juridiques et théoriques de cette qualification n'ont pas encore été tirées en pratique et sont autant de bouleversements à venir encore pour le législateur qui voudrait résister à l'assimilation. Car tel est bien le mouvement de l'histoire qui, contrairement à ce qui a été soutenu, ne constitue pas une menace pour le droit administratif répressif⁹⁶ dont l'avantage fondamental est préservé. Il ne s'agit pas de remettre en cause le droit pour l'administration de punir sous le contrôle possible du juge, mais de tirer toutes les conséquences de ce renversement de l'ordre des choses décidées en exigeant de la part de celle-là le soin et les précautions fondamentales dont doit faire preuve celui-ci dans l'opération de juger. Parmi celles-ci figurent l'interdiction de punir sans faute et celle de punir deux fois la même personne pour les mêmes faits. La théorie de l'élément moral de l'infraction et le principe *non bis in idem* ne comptent-ils pas parmi les principes de ce « droit commun répressif » – partagé par le droit administratif et le droit pénal – « à ce point fondamentaux qu'aucune sanction, de quelque nature qu'elle soit et de quelque appellation qu'elle soit, ne [puisse] plus être adoptée en violation de ceux-ci »⁹⁶ ?

22. L'infraction administrative à caractère pénal comporte par définition – ou présupposé – un élément moral interdisant toute responsabilité administrative sans faute et toute présomption irréfutable de responsabilité et, dans la même mesure qu'en droit pénal, la responsabilité administrative pour autrui.

L'assimilation de la sanction administrative à caractère répressif prédominant à la sanction pénale plaide par ailleurs en faveur d'une application supplétive des principes de la responsabilité pénale des personnes morales en matière administrative et d'un contrôle de conformité de toute dérogation à ce sujet, par rapport aux principes d'égalité et de non-discrimination, dans l'hypothèse où la règle éblouissant la sanction administrative considérée serait interprétée comme telle par le juge.

23. La combinaison de la théorie de l'élément moral de l'infraction et du principe *non bis in idem* a d'abord conduit la jurisprudence à tergiverser quant à l'étendue de la garantie jusqu'à ce que la Cour européenne des droits de l'homme fasse la synthèse, au-delà des mots conventionnels, des travaux juris-

⁹⁶ Fr. DELPÉRE, « Les sanctions administratives. Quels enjeux ? » (concl.), in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 714.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 715.

prudentiels actuels pour retenir et consacrer une garantie utile, concrète et effective, et non pas théorique et illusoire, favorable à l'auteur de l'acte en cause et conforme à son objet et à son but fondamental : une fois reconnu coupable et sa peine purgée ou une fois relaxé, l'auteur ne doit plus avoir à craindre de nouvelles poursuites pour les mêmes faits, peu importe que les infractions reprochées soient définies par le même élément moral.

Telle est bien la seule certitude, à l'heure actuelle : l'élément moral des infractions ne doit plus entrer en ligne de compte dans la question de la garantie étudiée. L'élément moral de la sanction administrative et l'élément moral de l'infraction pénale – ou l'élément moral de deux sanctions pénales ou celui de deux sanctions administratives – ne doivent pas être nécessairement identiques pour que joue la garantie du principe *non bis in idem*. À vrai dire, même les éléments matériels ne doivent pas être nécessairement identiques. Seuls comptent les faits, rien que les faits, et encore, pas tous les faits⁹⁷.

La portée du principe ainsi défini en matière administrative ne doit pas être sous-estimée. Plus l'*idem* est largement défini, moins l'autorité dispose d'outils pour contraindre au respect des règles de comportements avec des sanctions qui ne se résument pas à l'amende, mais visent des mesures très diversifiées comme les interdictions de lieu, les fermetures d'établissement... Pour être plus précis, l'autorité dispose de tous les outils prévus par la législation, mais elle doit faire un choix. Un choix lourd de conséquences puisqu'il emporte l'extinction de toute autre action publique. C'est toute la mesure et l'importance de la règle *electa una via*.

24. Il est, en revanche, une question qui n'a pas été tranchée à l'heure actuelle, à notre connaissance : la théorie de l'élément moral des infractions en matière pénale et administrative doit-elle opérer toutes infractions confondues au sens autonome de la CEDH ou doit-elle jouer dans chaque champ, administratif et pénal, pris séparément ?

Sur le plan théorique, la réponse est dans la question à considérer toutes les infractions concernées comme des sanctions pénales au sens de la Convention. Il y va d'une exigence inhérente à la théorie de l'élément moral de l'infraction, consubstantielle au principe de la personnalité des peines.

La question n'est pas sans importance, sur le plan pratique, car elle n'est pas sans conséquence sur la manière dont les infractions administratives et pénales doivent être conçues en ce qui concerne l'élément moral requis.

Dans l'hypothèse d'une approche « décloisonnée », les difficultés existent, mais ne sont pas insurmontables, avec le mérite de la cohérence. Ainsi, il est

⁹⁷ Voy. *supra*, en ce qui concerne l'arrêt Zolotoukhine.

déconseillé de prévoir, pour une même infraction matérielle, tantôt un élément moral spécifique et tantôt aucun élément moral, auquel cas l'absence de précision à ce sujet sera assimilée à l'exigence d'une simple faute et empêchera la répression du fait non autrement qualifié, par exemple, en cas de fraude, que l'infraction soit pénale ou administrative, alors que tel serait souvent le cas en pratique. Le risque d'impunité dénoncé en cas de recours contre la sanction administrative et d'acquiescement pénal avant que celui-ci ne soit tranché ne pourrait être évité qu'en permettant au juge pénal de disqualifier la sanction pénale qui requerrait une intention délibérée en sanction administrative pour simple faute qu'il pourrait prononcer. En présence d'infractions administratives et pénales identiques en tout point, éléments matériel et moral confondus, le principe *non bis in idem* sera appelé à jouer un rôle qui n'est habituellement pas le sien, lui qui vise d'ordinaire à remédier au cumul de peines, et non à celui d'infractions, à défaut pour la théorie de l'élément moral de constituer un rempart suffisant contre une telle situation inédite en matière pénale.

Dans l'hypothèse d'une approche « cloisonnée », les difficultés existent également, le risque d'impunité, en particulier, ne semblant pas pouvoir être écarté sous le bénéfice évident de la disqualification.

25. Fondamentalement, l'approche décloisonnée n'est qu'une implication logique supplémentaire et néanmoins consubstantielle de la qualification des sanctions administratives à caractère prédominant de sanctions pénales au sens de la Convention, à l'instar de ce que la Cour a décidé à propos du principe *non bis in idem*. L'état actuel de la législation, en matière sociale comme dans d'autres matières, ne peut pas justifier le *statu quo* théorique en ce qui concerne la théorie de l'élément moral de l'infraction et ses implications en droits pénal et administratif. Les jalons proposés dans la présente contribution s'inscrivent dans le mouvement jurisprudentiel plus général, initié au niveau international, rebelle à une dépénalisation non respectueuse des garanties pénales élémentaires et soucieux d'encadrer – et donc contrecarrer durant le temps d'adaptation nécessaire – la volonté des législateurs nationaux de multiplier les sanctions prononcées par une autorité administrative en lieu et place de sanctions assénées par un juge, par souci d'efficacité. Cette révolution juridique est encore en cours et crée, il est vrai, un certain désordre ou un désordre certain⁹⁸. À ce titre, elle bouleverse nécessairement les constructions juridiques et elle s'inscrit inexorablement dans le sens d'une transposition des garanties pénales élémentaires aux sanctions administratives à caractère pénal, même si le prix en est que les législateurs – sans oublier les juges – doivent revoir leurs copies à intervalles réguliers. Le principe *non bis in idem* nous en a donné un bel exemple dans les lignes qui précèdent, la Cour de cassation devant encore opérer, quant à elle,

⁹⁸ P. MARTENS, « Les sanctions administratives. Un droit pénal dégénéré ? » (introduction), in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 22.

un virement de jurisprudence attendu, qu'elle aurait peut-être pu anticiper dès 2011 en toute liberté. La faculté pour le juge de requalifier une infraction pénale en infraction administrative et d'infliger celle-ci fait figure d'accommodement plus que raisonnable à cet égard. Elle permet de concilier l'efficacité administrative et les garanties pénales de manière optimale.

Dans tous les cas, on rappellera à l'attention du législateur que la meilleure manière d'éviter tout risque lié au principe *non bis in idem* est d'organiser un système de sanctions alternatives, et non cumulatives, et d'ainsi « régler lui-même cette question de cumul, plutôt que de s'en décharger sur les autorités [judiciaires] »⁹⁹. Ou de regrouper dans les mains d'un seul pouvoir le soin d'infliger les sanctions de nature répressive, qu'elles soient pénales ou administratives, cumulativement ou de manière facultative¹⁰⁰, même s'il est vrai qu'il ne s'agit plus vraiment de sanctions administratives, le cas échéant, si le pouvoir concerné était judiciaire... Ou de dépénaliser plus franchement. À la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, il s'agit de dépasser le stade de la qualification formelle pour rejoindre le terrain concret du fondement. Un tel conseil ne peut qu'être appuyé à l'heure où la théorie de l'élément moral de l'infraction, cette fois, est susceptible de créer les surprises si la politique répressive n'est pas pensée, conçue et évaluée¹⁰¹ globalement, en ce qui concerne toutes les infractions administratives et pénales.

⁹⁹ S.L.C.E., *Doc. parl.*, Parl. fl., 1996-1997, n° 742/1, pp. 70 à 74, et *Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 1928/1 et 1929/1, p. 80, cités par C.C., 18 juin 2008, n° 91/2008, B.11.

Comp. H. MOCK, *op. cit.*, p. 879, n° 29, pour qui il reste imaginable « que la Cour n'imposera pas aux États, nombreux à les pratiquer, de renoncer aux sanctions parallèles sur le plan pénal et administratif notamment en matière d'infractions aux règles de la circulation routière. Il lui faudra alors préciser mieux qu'à ce jour comment différencier une peine complémentaire d'une peine autonome [...] ».

¹⁰⁰ G.-F. RANERI, *op. cit.*, n° 4, p. 54. Est, en revanche, prohibé par le principe le fait de tenir compte du prononcé d'autres sanctions pénales au sens large antérieurement.

¹⁰¹ M. NIHOUL, « Vers une culture de l'évaluation notamment en matière de sanctions administratives locales », in *Les sanctions administratives*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 377 à 391.